



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

APROXIMACIÓN AL TESTAMENTO OLÓGRAFO

Autora:

Raquel Romero Juste

Director:

Aurelio Barrio Gallardo

Facultad de Economía y Empresa
Grado en Economía
2020/2021

1. INTRODUCCIÓN:

- 1.1. Origen histórico
- 1.2. Definición. Características
 - 1.2.1. Testamento
 - 1.2.2. Testamento notarial
 - 1.2.3. Testamento ológrafo

2. REQUISITOS DE VALIDEZ

- 2.1. Edad para otorgarlo
- 2.2. Autografía
- 2.3. Voluntad efectiva de testar
- 2.4. Fecha
- 2.5. Firma

3. EXPEDIENTE DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

- 3.1. Presentación. Plazo de caducidad para iniciarlo
- 3.3. Pruebas que se practican
 - 3.3.1. Testigos
 - 3.3.2. Pericial caligráfica
- 3.4. Adveración y protocolización

4. TESTAMENTO OLÓGRAFO Y COVID-19

- 4.1. Situación de pandemia actual
- 4.2. Testamento ológrafo electrónico

5. CONCLUSIONES

6. BIBLIOGRAFÍA

1.INTRODUCCIÓN:

1.1.ORIGEN HISTÓRICO

El testamento tiene sus orígenes en el Derecho Romano el cual pasó, de un acto con contenido y carácter público y religioso, a ser un negocio de disposición de bienes.

Si ponemos la vista atrás, en especial, en el Derecho Romano arcaico, republicano e imperial, no existe como tal el testamento ológrafo.

La primera definición lo trata como “*Toda manifestación legítima de voluntad hecha con las debidas solemnidades para que surta efecto después de la muerte.*”

La novela 21.2.1 del año 446 lo admite como forma ordinaria y escrita de hacer testamento, cobrando gran predicamento en el Derecho intermedio; y en nuestro Derecho histórico ha sucedido así desde el Liber Iudiciorum, también conocido como *Código de Recesvinto*, *Libro de los jueces*, hasta la Novísima Recopilación pasando por Las Partidas¹, y siendo recogido por la mayoría de los ordenamientos jurídicos.

En la época postclásica se admite el testamento por escrito, *per scripturam*, en el cual Teodosio II y Valentiniano III (Derecho Justiniano), permiten aquel testamento que ha sido escrito de puño y letra del propio testador, *Holografa manu*, sin exigirse testigos, y por último, el oral, *per nuncupationem*.

Se distingue también entre el testamento público y privado, necesitando en el segundo la presencia de 7 testigos voluntarios presenciales en el caso de testamento oral y el mismo número, si se presentaba el escrito en el mismo acto.

La forma ológrafa de testar, forma “privilegiada”, pasó a ser considerada en el Proyecto de Código Civil de 1851 como una forma común de testar, idea que se trasladó al Código Civil de 1889.

Se podría decir que el Código Civil francés de 1804 es el antecedente inmediato de nuestro sistema en el terreno testamentario, en particular en este tipo de testamento.

El testamento ológrafo en el Derecho común, como ya se ha nombrado anteriormente, tiene sus orígenes en Valentiniano III, donde hace su aparición entre las fuentes jurídicas romanas en una Constitución dada en Roma el 26 de diciembre de 446. En

¹ Ley 7ª, título I, de la partida VI

ella, se plasma que los emperadores son conscientes del alcance que tienen sus decisiones para originar leyes, entonces se procedió a revisar sus circunstancias diciendo dar plena validez a la voluntad manifestada por escrito y conservada secretamente sin el requisito legal de los testigos, dando origen al testamento *per hologram manum* como forma testamentaria generalizada.

El testamento romano visigodo empieza a alterar algunos de los elementos clásicos del testamento, así, en relación con el dicho testamento, se observa una relajación en los requisitos de custodia y se introduce una mayor libertad en las expresiones del otorgante, siempre que refleje la *voluntas testatoris*.

El Brevario de Alarico II, que para los 7 es el primer Código que regula el testamento ológrafo en Derecho Histórico español, también llamado *Lex Romana Wisigothorum*, del año 506, donde se introduce el testamento ológrafo en Occidente, normas en la que se recogen como caracteres de este tipo de testamento, la autobiografía del testador, el requisito de probar la autenticidad de la escritura y la no intervención de testigos, sin dar alusión a la fecha de otorgamiento ni a la *Subscriptio* del testador.

Sin embargo, el verdadero origen del testamento ológrafo está en el Derecho consuetudinario francés, de donde pasó al Código napoleónico y de aquí a la generalidad de los europeos.

A pesar de todo lo expuesto, en cuanto a posibles antecedentes en el Derecho español, este testamento no aparece en nuestro ordenamiento jurídico hasta que lo recoge el art.564 del Proyecto de 1851, y los arts. 684 a 690 del Anteproyecto de 1882-1888 y de aquí pasó al texto vigente del Código Civil.

El testamento ológrafo es una forma tradicional de efectuar el Código Civil.

1.2.DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS

1.2.1.TESTAMENTO

Iniciaré este concepto con la definición que nos ofrece el Código Civil en el artículo 667:

“Acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos.”

Entonces, se podría llamar testamento al acto de testar, así como al documento que contiene las disposiciones testamentarias.

Cuando se dice “acto de testar” se hace referencia a la manifestación por el testador de sus últimas voluntades a través de las cuales se puede determinar qué sucederá con sus relaciones jurídicas, es decir, con su patrimonio, una vez haya fallecido el sujeto.

A partir del artículo 657 del Código Civil, se establecen una serie de características o también podemos llamarlas particularidades o requisitos, que debe cumplir todo lo referente al testamento:

- El testador puede disponer de sus bienes de dos formas: A título de herencia o de legado y aunque no se haya utilizado expresamente la palabra heredero, si la voluntad está clara, valdrá la disposición.
- No podrán testar dos o más personas mancomunadamente o en un mismo instrumento y, el testamento, como se considera un acto personalísimo, no podrá dejarse en manos ni de tercero ni hacerse por medio de comisario o mandatario pero sí podrá encomendar el reparto de las cantidades a clases determinadas.
- Toda disposición del testamento deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras y el testador no puede prohibir que se impugne el testamento en casos de nulidad declarada por ley.
- Será nulo el testamento otorgado con violencia, dolo o fraude y si estos actos impiden que una persona otorgue libremente su última voluntad, quedará privado el heredero de su derecho a la herencia, sin perjuicio de la responsabilidad criminal en que haya incurrido.
- Además, puede incluir la designación de tutores para sus hijos menores o incapacitados o el reconocimiento de hijos extramatrimoniales.²

El testamento puede ser común o especial (artículos 676 -680 CC) y, dentro del común, se encuentran 3 tipos:

² CANDELA CERDÁN, J., “El testamento, características del testamento. Tipos de testamentos. Testamento especiales. Los testigos en los testamentos. Causas de nulidad del testamento. Testamento vital. El codicilo.” Disponible en <https://vlex.es/vid/tema-15-testamento-caracteristicas-554715198>

- Ológrafo: Cuando el testador lo escribe por sí mismo de acuerdo con el artículo 688 del Código Civil.
- Abierto: el testamento manifestado en presencia de personas que deben autorizar el acto.
- Cerrado: Cuando el testador, sin revelar su última voluntad, declara que está contenida en el pliego de las personas que deben autorizar el acto.

Y se tendrán por testamentos especiales el militar, el marítimo y el hecho en país extranjero.³

1.2.2.TESTAMENTO NOTARIAL

Aquel realizado ante notario, el cual le aconseja en ese momento al testador y con la seguridad de que se encuentra para evitar posteriores inconvenientes.

El notario redacta el documento, al ser un experto, se ajusta a las normas legales y guarda el original en su Protocolo, y deja una copia al testador.

Éste puede ser abierto o cerrado.

- Abierto :Se realiza ante notario y sin la presencia de dos testigos, salvo contadas excepciones, ya que precisamente por el hecho de la intervención del notario como fedatario, no es preciso que intervengan los testigos. Dicho fedatario se queda con el testamento original para proceder, tras el fallecimiento, a su lectura.
- Cerrado: El testador escribe su última voluntad en un documento y lo entrega al notario cerrado y sellado, manifestando que esta es su última voluntad.

Testamento abierto. Procedimiento.

Se acude al notario con el DNI y se explica la forma en la que se quiere dividir el patrimonio.

Este profesional estudiará el tema y pedirá escrituras y documentos de los bienes que se posee para unir toda la información.

³ CANDELA CERDÁN, J., "El testamento, características del testamento. Tipos de testamentos. Testamento especiales. Los testigos en los testamentos. Causas de nulidad del testamento. Testamento vital. El codicilo." Disponible en <https://vlex.es/vid/tema-15-testamento-caracteristicas-554715198>

El notario redacta el testamento y no hay necesidad de presencia de testigos, solo en casos específicos que se requiera y cuando el testador utilice una lengua desconocida, se requerirá un intérprete para que proceda a traducir la disposición aunque cabe señalar que se escribirá en las dos lenguas, indicando cuál ha sido la que ha utilizado el testador.

El testamento abierto y el acta del cerrado se escribirán en la lengua extranjera utilizada por quien haga su disposición testamentaria y, en la oficial, la que emplee el Notario.

El trámite de dicho testamento es sencillo y barato, cuesta de media unos 40 euros aproximadamente.

El Notario deberá conocer al testador y, en caso contrario, la persona se identificará con dos testigos que le conozcan o sean conocidos del profesional o mediante el uso de documentos proporcionados por las autoridades públicas y, también, el Notario deberá juzgar si el testador tiene capacidad legal necesaria para testar.⁴

1.2.3.TESTAMENTO OLÓGRAFO

Haciendo referencia a la información que proporciona el Boletín del Ministerio de Justicia, el testamento ológrafo, es:

“el acto por el que una persona mayor de edad redacta autográficamente sus últimas voluntades para que surtan efecto después de su muerte, firmando el documento con expresión de la fecha”⁵

Para contrastar dicha definición y obtener mayor información y diversas visiones , CAPOTE PÉREZ, profesor de la Universidad de La Laguna , define este testamento como :

“Concepto de derecho sucesorio , el tercero de los testamentos comunes que se regulan en el Código Civil. Su particularidad viene porque aunque tiene forma solemne , no se requiere presencia de Notario ni testigos pero esta particularidad no le hace carecer de

⁴ FELIPE CONDÉS,J.R., “¿Qué es el testamento abierto?”. Disponible en <https://www.diariojuridico.com/que-es-el-testamento-abierto/>

⁵ SILVERIO SANDOVAL, J.,” El testamento ológrafo en soporte digital y la firma biométrica”, Boletín del Ministerio de Justicia, nº2222, 2019,pp. 1-34

validez siempre y cuando cumpla los requisitos básicos de que sea manuscrito en cuanto a la firma y que se exprese la fecha.”⁶

Características.

Es importante conocer cómo nos describe nuestro Código Civil los requisitos que necesita este tipo de testamento para que no carezca de validez y sea igual de efectivo que los realizados ante Notario:

- Podrá otorgarse por mayores de edad.
- Para ser válido, deberá estar escrito y firmado por el testador, expresando el año, mes y día en que se otorgue, como requisito de validez.
- Si contuviese palabras tachadas, enmendadas o entre reglones, las salvará el testador bajo su firma.
- Los extranjeros podrán hacer testamento ológrafo en su idioma.
- Deberá protocolizarlo en los 5 años siguientes al fallecimiento del testador, ante notario y éste, extenderá el acta de conformidad con la legislación notarial una vez averiguado el testamento y acreditada la identidad de su autor.⁷
- La persona que tenga en su poder este testamento deberá presentarlo ante notario en los diez días siguientes al que tenga conocimiento del fallecimiento del testador y en caso de incumplimiento, se le hará responsable de los daños y perjuicios ocasionados.
- Podrá presentarlo cualquier persona que tenga interés en el testamento.
- Autorizada o no la protocolización, los interesados no conformes, podrán ejercer sus derechos en el juicio.⁸

Ventajas e inconvenientes.

Ventajas.

- Secreto
- Económico, porque el testador no paga nada

⁶ CAPOTE PÉREZ, L.J., “El testamento ológrafo.”

⁷ Artículos 689 y 692 del Código Civil.

⁸ ABOGADOS Y HERENCIAS, “Tipos de testamentos: ¿qué formas de hacer un testamento existen en España?”. Disponible en <https://www.abogadosyherencias.com/tipos-testamentos/>

- Simple y sencillo, porque solo requiere redactar la última voluntad, escribirla, y agregar la fecha y la firma
- Solución para personas que no pueden desplazarse, lo realizan en el hogar.⁹

Inconvenientes.

- No se tienen grandes conocimientos sobre las normas legales y se pueden cometer en errores, puede incurrir en irregularidades legales .
- No hay seguridad de que el día de mañana sea conocido y respetado por todos los herederos.
- Problemas para validarlo.
- Puede ser más económico inicialmente, pero los gastos de la ulterior tramitación notarial harán que al final sea más caro.
- Facilidad con que puede suplantarse la letra.
- Los herederos que no sean favorecidos pueden dudar de la capacidad del testador, facilidad con que puede negarse la validez del documento.
- Puede perderse o destruirse fácilmente.¹⁰

Se podría concluir que el testamento ológrafo tiene un doble problema: Quien lo hace y si era capaz o no.

Para dar dicha validez a todas las características, añadiré un ejemplo extraído de la Audiencia Provincial de Pontevedra 9 julio 2012. Número de Recurso: 3156/2011, Sentencia 00578/2012.

Centraré la atención en parte de los fundamentos de derecho, especialmente, en el punto tercero:

<<(…) TERCERO.- Como es sabido, la validez del testamento ológrafo no viene determinado solo por la expresión de la última voluntad sino por la acreditada observancia de los requisitos exigidos por el art. 688 del CC, cuya exigencia será especialmente rigurosa - tanto en la observancia de formas como en la cabal prueba sobre la autoría- en la medida que se trata de modalidad testamentaria caracterizada

⁹ ARCAS SARIOT, M. J., “Ventajas e inconvenientes del Testamento Ológrafo”. Disponible en <https://www.mundojuridico.info/ventajas-e-inconvenientes-del-testamento-olografo/>

¹⁰ ROMERO COLOMA, A. M., “El testamento ológrafo: Ventajas e inconvenientes”. *Actualidad jurídica Aranzadi*, nº907, 2015, p.1.

por el otorgamiento en soledad, sin intervención de fedatario alguno. Junto a la plena autografía y firma, el requisito de la fecha ha de ser, además de autógrafa, exacta, completa y verdadera, nota esta última que significa que su manifestación ha de coincidir con el día en que efectivamente se ha producido la exteriorización de la voluntad.>>¹¹

2.REQUISITOS DE VALIDEZ:

El testamento ológrafo tiene dos fases:

1. Otorgamiento, a cargo del testador.
2. Protocolización, una vez fallecido el testador, de la que tienen que ocuparse sus albaceas o herederos.

Sus requisitos los recoge el art.688 del Código Civil:

“El testamento ológrafo solo podrá otorgarse por personas mayores de edad.

Para que sea válido este testamento deberá estar escrito todo él y firmado por el testador, con expresión del año, mes y día en que se otorgue.

Si contuviese palabras tachadas, enmendadas o entre renglones, las salvará bajo su firma. Los extranjeros podrán otorgar testamento ológrafo en su propio idioma.”

2.1.EDAD PARA OTORGARLO

El requisito de la mayoría de edad para utilizar este tipo de testamento, no se exige en los demás, entonces, nos encontraríamos con una incapacidad respecto a los menores de edad.

Lo que se intenta con esta prohibición en el testamento ológrafo es, garantizar la pureza de la declaración testamentaria tanto en la identificación del testador, como en el contenido de la declaración de voluntad, pero no se ve la diferencia para estos fines del emancipado y el que no lo está.

El cómputo de la edad requerida para testar, se alcanza a las cero horas del día en que se cumplan años, incluyéndose entero el día de su nacimiento.

¹¹SAP PO 578/2012 ,9 de julio de 2012, Vigo

Como bien señala TORRES GARCÍA¹², la normal general radica en el art.662.CC :

“Pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente.”

y, el artículo siguiente, art.663.CC, su excepción:

“Están incapacitados para testar:

1.º Los menores de catorce años de uno y otro sexo.

2.º El que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio.”

Se deduce que, el menor, no goza de una situación análoga al mayor de edad:

“La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor; pero hasta que llegue a la mayoría de edad no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo , gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres y , a falta de ambos , sin el de su tutor.

El menor emancipado podrá por si solo comparecer en juicio.

Lo dispuesto en este artículo es aplicable también al menor que hubiere obtenido judicialmente el beneficio de la mayoría de edad.”¹³

2.2AUTOGRAFÍA

Todo el testamento ológrafo debe estar escrito por el testador.

Así dice el art.715 del Código Civil:

“(…) Será válido , sin embargo, como testamento ológrafo, si todo él estuviere escrito y firmado por el testador y tuviere las demás condiciones propias de este testamento.”

Este tipo de testamento tiene un problema de identificabilidad de la escritura debe entenderse que, además de ser autógrafo, tiene que ser manuscrito, por lo tanto no valdrá como tal el testamento mecanografiado ya que, aunque el testador utilice habitualmente tal método de escritura, y aunque pudiera determinarse por un prueba pericial la persona que lo hubiera escrito, no puede considerarse válido a los efectos del

¹² TORRES GARCÍA, T. F., *El testamento ológrafo*, Montecorvo, Madrid, 1977. “Del testamento ológrafo” en “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales”, dirigidos por M. ALBALADEJO, t. IX, vol. 1º-A, Revista de Derecho Privado, EDERSA, Madrid, 1990

¹³ Artículo 323 del Código Civil.

art.688.CC, como tampoco lo sería el testamento en que se emplea otro medio mecánico de reproducción.

Lo que es esencial en la idea de “manuscrito” es la personalidad del signo empleado en la escritura, es decir, podemos encontrarnos con un problema para demostrar que la letra plasmada, es del testador.

La escritura debe ser de puño y letra del testador, así como la habitual de él, sin alteraciones o deformaciones. Tal precisión hace referencia a la prueba y, si el mismo es manuscrito del testador, aunque la letra no sea habitual, se podría considerar como válido aunque demostrar dicha autenticidad sería más complicado.

La autografía debe ser total, rechazándose testamentos en que solo parcialmente lo haya escrito el testador, ya que es más difícil falsificar un testamento entero que una firma, y por tanto, es una garantía de legitimidad del documento otorgado.

Cuando la autografía no sea total, sino que ha intervenido otra persona con su letra en el testamento, habría que distinguir si la intervención es posterior al testamento o coetánea al mismo. Si es posterior a la formalización del documento, las palabras introducidas por aquel no afectan a la validez del documento inicial pero tampoco la modifican. Así, queda el problema de determinar cuál es el texto del testamento original y cuál obedece a las intervenciones ulteriores del tercero.

Cuando la intervención posterior produzca dudas fundadas sobre cuál es el texto original, se producirá la nulidad. Si, por el contrario, se trata de una intervención coetánea que afecte al nombre del heredero o a cualquier contenido esencial del testamento, aun cuando la intervención del tercero solamente haya sido en sentido de borrar el nombre de la persona que había escrito el testador, debe propugnarse la nulidad del testamento ológrafo.

El Tribunal Supremo entendía que, no se oponía al requisito de autografía, el hecho de que el testador copie el modelo que le haya preparado un tercero.¹⁴ La autografía no

¹⁴ STS 122/1961, 24 de febrero de 1961, Madrid:

<<(…)llegando con esto a la conclusión de que tal testamento no es obra personal de la causante; pero si todos los datos que el motivo expresa no repugnan racionalmente a la finalidad que persigue, no debe olvidarse que dentro de los limitados cauces de la casación, y cualquiera que sean las acentuadas estimativas de tipo ético sobre el caso, no es posible en derecho positivo extraer la indeclinable, firme y eficaz inducción de ambos términos comparativos que el motivo analiza, ya que llega, pues, una persona, mayor de edad, con sólo saber leer y escribir, aun sin cultura más amplia, puede otorgar su testamento en forma ológrafa, valiéndose de tercero de su exclusiva confianza que de expresión ordenada y hasta

significa unidad de acto ya que, ningún precepto del Código Civil exige que el testamento ológrafo se haga de una vez, ni tampoco se exige un plazo para hacerlo.

Otra cosa sería la influencia que hubiera podido tener un tercero en el testamento y, dichas influencias no anularían el testamento ológrafo.¹⁵

Ciegos.

Se ha dudado de que las personas ciegas puedan otorgar testamento ológrafo, ya que el art.708.CC prohíbe el testamento cerrado a los ciegos:

“No pueden hacer testamento cerrado los ciegos y los que no sepan o no puedan leer.”

Se basa en que, su falta de visión le impide comprobar por sí que lo que se pone dentro de la cubierta es el testamento y, por tanto, sería aplicable al testamento ológrafo salvo que, el testador no podría leer y comprobar lo que ha escrito.

El método braille aunque sea el que usen los ciegos, no garantiza la escritura ni la firma del testador por 3 consideraciones:

1. Dicha escritura no contiene rasgos propios de una escritura normal.
2. Los testigos no pueden reconocer si lo que se ha escrito, ha sido hecho por el testador
3. El juez no podría mediante testigos y peritos reconocer como propio este tipo de testamento.¹⁶

Sordomudos. Mancos.

Si los sordomudos saben leer y escribir no hay impedimentos para que puedan otorgar este tipo de testamento pero, si no saben leer y/o escribir, no podrán otorgar testamento ológrafo por no cumplir con los requisitos que exige el Código Civil.

Algo similar ocurre con los que carezcan de ambas manos, ya que, la persona a la que le faltan las dos manos no podrá, salvo excepciones, escribir; pero si con los pies, la boca,

técnica a la declaración de voluntad exactamente concebida y querida por la testadora, que luego ésta copia o transcribe, por ser nada más que suya la volición en concreto(...)>>

¹⁵ FERNÁNDEZ HIERRO, J. M., “Testamento ológrafo”. *Los testamentos*. Ed. Comares, Granada, 2005.

¹⁶ TORRES T.F., *El testamento ológrafo*, Madrid 1977, pág.220

o con cualquier otra forma pudiera hacerlo, debe entenderse la validez del testamento si puede garantizarse la autografía del mismo.

2.3.VOLUNTAD EFECTIVA DE TESTAR

Es necesario escribir el documento con la intención o deseo de que forme la expresión de la última voluntad del testador, distinguiéndolo así de un mero proyecto o esbozo, necesario para clasificar al testamento como documento, que dependerá de las palabras del testador el hecho de que sea considerado como tal.

El art.667 del Código Civil hace referencia a esta voluntad de testar:

“El acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos se llama testamento.”

El *animus testandi* como presupuesto de validez de la declaración testamentaria.

Lo que será necesario es que conste de manera clara las disposiciones del testamento, entre ellas la designación del heredero o herederos, aun cuando para ello tampoco es necesario un formalismo especial, siempre que pueda saberse quién es. Exigencia que ha puesto de manifiesto el TS :

<< (...)el criterio jurisprudencial para llegar a declarar la validez y eficacia de la especie ológrafa del testamento común a que se refiere el art.678 del Código Civil , y de exigir con rigor el cumplimiento de los requisitos personales y formales que previene el art.688 del mismo , habiendo declarado que tales requisitos tienen el carácter de esenciales en el otorgamiento de testamento ológrafo, siendo indispensable su concurrencia para la validez de los mismos, viene sosteniendo que por ser el testamento (art.667) un acto por el cual una persona dispone para después de la muerte de todos sus bienes o de parte de ellos, y por ser el ológrafo tal expresión “ad extra” de la íntima voluntad del testador en el momento de redactarlo, tal expresión ha de revelar el “animus testandi in actu”. Esto es la resuelta intención del testador de disponer de sus bienes por sí mismo en aquellas líneas que está escribiendo y de manera definitiva en aquella ocasión , y por ello dijo la sentencia de esta Sala de 8 de Julio de 1940 que no es verdadero testamento el acto que aun presentando la forma externa de tal , pueda dudarse si constituye un simple esbozo o proyecto y no un acto definitivo o en que el

otorgante se limite a aconsejar o rogar respecto del destino de su patrimonio , y que el testamento no valdrá como tal si no consta con claridad la intención de testar.>>¹⁷

Se puede comparar con otra sentencia del TS:

“En el presente caso, no concurre ninguna de las excepciones resaltadas que impida la aplicación de esta doctrina jurisprudencial. Por el contrario, la sentencia recurrida, en un documento que reúne todos los requisitos formales de testamento ológrafo (autografía, firma y fecha), basa su calificación en la regla preferente de la voluntad realmente querida por el testador (art. 675 del C.C .) acorde con una razonabilidad sustentada en la interpretación lógica y sistemática que realiza del documento en cuestión.

Por lo que su conclusión o decisión respecto de la validez del testamento otorgado no puede ser tachada de ilógica, absurda o contraria a la voluntad del causante.”¹⁸

2.4.FECHA

Otro de los requisitos claves para que el testamento ológrafo sea válido es la fecha de su otorgamiento; sirve para poder apreciar si en esa época el testador tenía capacidad para testar, y también para saber si el testamento ha sido o no revocado por otro posterior. Lo que indica el concepto de rigurosidad *ad solemnitatem*, que su apreciación presenta ante el legislador.

Datos que debe contener la fecha.

1. Debe expresarse el día, mes y año de su otorgamiento.
2. La fecha deberá ser autógrafa
3. Es indiferente la forma de escribirlo, con guarismo o con letra.
4. No hay lugar explícito en que se exija que figure la fecha.
5. Es válida la fecha por equivalentes, esto es, la designación de unas circunstancias concretas que permitan datar el testamento.

¹⁷ STS, 24 de Noviembre de 1958 ,Ar.3800

¹⁸ STS 2289/2018, 21 de junio de 2018, Madrid

La expresión por equivalentes deberá ser posible a partir del testamento, fijar el día de su otorgamiento sin que haya duda sobre el mismo, y la fecha indicada deberá tener notoriedad, de manera general o de manera familiar, para que pueda ser posible el cálculo de su datación. Si hacemos referencia al año, basta con la indicación de sus dos últimos guarismos para que pueda ser fechado el testamento.¹⁹

Expresar una fecha falsa o errónea en el testamento, lo hace nulo, y poner una fecha que no responda a la realidad, sin distinguir entre que fuera por error o fuera por falsedad, origina su nulidad y así lo ha entendido el TS:

<<Siendo un hecho cierto que el testamento ológrafo protocolizado , escrito y firmado por la causante , que es objeto de nulidad en este recurso lleva la fecha de las doce del día 19 de abril de 1923, a pesar de constar en la certificación del Registro Civil que aquella señora falleció en dicha ciudad 23 horas antes , o sea a las 13 del día 18 de los citados mes y año , dicho testamento carece del requisito esencial , que constituye una verdadera solemnidad , de la falta de fecha , ya que la que en él se consigna es falsa, y, por tanto, (...) ese error, si es que lo hubo, no puede prevalecer, por ser le fecha en todos los testamento, y con más razón en los ológrafos, (...) que no puede suplirse la falta de formalidades en los testamentos con prueba alguna posterior, por lo que hay que decretar su nulidad.>>²⁰

2.5.FIRMA

Desde el punto de vista pericial caligráfico, podríamos definir este concepto como la forma de estampar el nombre de una persona a efectos de atribuirse la autoría de un escrito o el consentimiento de lo expuesto en él, como muestra de aceptación. La firma sirve para identificar al autor de la declaración, cumpliendo la finalidad de individualizar e identificar junto con lo escrito al firmante.

Aunque, como dice CONWAY²¹, no se debe sucumbir a su correcta definición, ya que muchas personas tienen 3 firmas:

- La formal y completa: Para un documento importante.

¹⁹ FERNÁNDEZ HIERRO, J. M., “Testamento ológrafo”. *Los testamentos*. Ed. Comares, Granada, 2005.

²⁰ STS 5 de diciembre de 1927; G. 2 de octubre de 1928

²¹ CONWAY, J., *Evidencias documentales*. Buenos Aires, 2002, p. 33

- La informal : Para documentos de rutina y correspondencia personal.
- El garabato : Para el cartero, el mensajero y autógrafo ocasional.

Otro problema adicional sería cuando la firma no es la habitual del testador, lo que va a dificultar la identificación de este en la fase de adverbación para los testigos, así como para el perito calígrafo, por lo que podemos considerar que es admisible una firma no habitual siempre que pueda ser identificado el testador.

Desde el punto de vista jurídico, podemos deducir también, que la huella digital no puede ser medio de firma del testamento ológrafo.²²

Según CARNELUTTI²³, la firma tiene:

- Función indicativa : Indica al autor diferenciándole de los demás.
- Función declarativa : La forma del documento asume la paternidad del escrito.
- Función de individualizar e identificar al testador: Es imprescindible que la firma perdure plasmada en el documento hasta la adverbación, para después, dar lugar a la autenticidad del escrito.

Por lo que se puede asumir que la firma cumple también una función de prueba de autoría del acto, lo que justifica lo exigible por la jurisprudencia, ya que, si no hay firma del testador, no hay forma ológrafa de testar ya que dicha firma es la que perfecciona el acto de declaración de voluntad escrita por el testador.

Si se diera que el testador ológrafo no sabe firmar y/o se diera alguna imposibilidad física, decaería la posibilidad de otorgar esta forma testamentaria ya que, aunque pudiese ser ejecutada por otros medios, se privaría de poder considerarlo testamento ológrafo de acuerdo con el artículo 688 CC.:

“(...)Para que sea válido este testamento deberá estar escrito todo él y firmado por el testador, con expresión del año, mes y día en que se otorgue.

²² FERNÁNDEZ HIERRO, J. M., “Testamento ológrafo”. *Los testamentos*. Ed. Comares, Granada, 2005.

²³ CARNELUTTI, F., *Estudios de Derecho procesal. Doctrinas generales. Estudios sobre la firma*. Buenos Aires, 1952, p. 271

Si contuviese palabras tachadas, enmendadas o entre renglones, las salvará el testador bajo su firma.”

Si una persona no sabe firmar tampoco sabrá escribir y la ausencia de ambas supondría la nulidad del testamento como sanción del artículo 687 CC, por lo que no podría otorgarse de ningún modo dicho testamento.

Debe constar al final del escrito, exhibiendo y rubricando el testador su *animus testandi*, amparando y plasmando así su voluntad.

Como indica TORRES GARCÍA²⁴, la firma cumple la función de elevar a la categoría de negocio jurídico testamentario la declaración de voluntad manifestada, así como que por la firma se declara autor de lo escrito, y como consecuencia, la firma debe estar puesta al final.

Y así se puede observar en esta sentencia:

<< CUARTO: (...) Si con lo dicho es suficiente para denegar la protocolización, cabe añadir algunas notas más que sumadas a lo dicho, acentúan la idea de desvinculación del texto manuscrito respecto de la firma: primero, es llamativo que el texto se haya escrito aprovechando al máximo, diríase que anormalmente, el borde superior, pegado al mismo, sin espacio alguno; segundo, la notable separación de la firma respecto del texto manuscrito; no está extendida al pie del texto, sino al margen de él, a una distancia tal que lo hace ajeno al cuerpo del escrito. Ambas notas sugieren la cautelosa acomodación (temerosa del espacio disponible) de lo escrito en el margen superior al lugar de la firma. Por último, cumple ahora hacer referencia a algunos datos que, con valor indiciario, se han significado en defensa de la autenticidad del texto disputado, o mejor, de la voluntad en él expresada. Se trata, primero, de la existencia de las cuentas a nombre del actor y su hermano fallecido, y, en segundo lugar, de las manifestaciones hechas ante el director de la sucursal bancaria sobre cómo podía hacer para dejar las cosas a su hermano. La cotitularidad de las cuentas, hecho no infrecuente en el ámbito familiar, puede obedecer a razones de índole diversa -facilitación de gestiones, dinero compartido, etc.-; la consulta hecha a director del banco de nada vale si, a la postre, no se materializó en actos concretos de validez jurídica. Por consiguiente, ni por

²⁴ TORRES T.F. *El testamento ológrafo*, Montecorvo, Madrid 1977

separado ni sumados sirven ambos datos para probar una voluntad dispositiva mortis causa que precisa de su expresión formalizada y de su rigurosa prueba.>>²⁵

Aquí se verán enumerados los principales indicios que ayudan a detectar tal falsedad de la firma, así como los problemas principales que pueden surgir.

Parámetros: Presión uniforme, realizar torsiones por temblor del pulso, retoques de la forma de letras, rectificar el trazado, aparición de descarga de tintas por haber realizado paradas, así como parar y retomar trazos por levantamiento.

Problemas: Modificar conscientemente la escritura para no conseguir su identificación, falta de documentos originales para poder cotejar la firma, demasiada separación de tiempo entre los escritos, ocasionando efectos en el cotejo del testamento ológrafo y, por último, inidoneidad de lo que se va a analizar.²⁶

3.EXPEDIENTE DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA:

3.1.PRESENTACIÓN Y PLAZO DE CADUCIDAD PARA INICIARLO

Se autorizará el acta inicial en el cual conste la rogación, que es la aseveración del solicitante bajo su responsabilidad y certeza del mismo, bajo pena de falsedad en documento público.

En el acta también debe constar el objeto, la identidad de la misma así como su domicilio, si fueran conocidos del instante, Notario, cónyuge, descendientes o ascendentes del testador y, en defecto de estos, otros parientes colaterales hasta cuarto grado.

Si hablamos de notificaciones generales, en las siguientes diligencias, el Notario requerirá a las personas citadas para que comparezcan ante el en el día y hora que se señale, notificación que se hará por los medios reglamentarios.

²⁵ SAP 578/2012, 9 de julio de 2012, Vigo

²⁶ ESPINO BERMELL, C., “Testamento ológrafo. La importancia de la escritura y la firma del testador. El cotejo pericial de letras”, Córdoba, 23 de agosto de 2016.

Si se ignorase la identidad o domicilio de estas personas, la notificación se hará en los tablones de anuncios de los Ayuntamientos donde se encuentran todos los puntos que determinan la competencia notarial. La exposición pública se hará en un mes, con diligenciado acreditativo del Secretario del Ayuntamiento.

Además, las notificaciones deberán hacerse con la antelación exigida en el art.17.3 de la Ley, 15 días antes a la celebración de la comparecencia, constituyéndose el Notario en el domicilio de los notificados o, mediante carta certificada con acuse de recibo.²⁷

Se debe dar comunicación al Ministerio Fiscal cuando exista algún menor o persona con capacidad modificada judicialmente para que se proceda al nombramiento de defensor judicial cuando estas personas carezcan de representación legal. En estos casos, se comunicará al Notario el nombramiento de defensor que será notificado.²⁸

Cabe destacar una caso especial del Derecho catalán.²⁹

Presupuestos procesales:

- Que quien tenga en su poder el testamento no se inhiba del procedimiento. El artículo 57.23.LN, obliga al Notario a requerir a quienes pudieran tener interés en la herencia, de acuerdo con lo manifestado por el compareciente y, en todo caso, si le fueren conocidos, al cónyuge sobreviviente, a los descendientes y a los ascendientes del testador y, en su defecto, a los parientes colaterales hasta el cuarto grado para que promuevan el expediente ante Notario competente, si les interesase.
- Que el testamento no este caducado. El art.61.4.LN³⁰ señala que no se admitirán las solicitudes que se presenten después de pasados 5 años desde el fallecimiento del testador.

²⁷ FERNÁNDEZ HIERRO, J. M., “Testamento ológrafo”. *Los testamentos*. Ed. Comares, Granada, 2005.

²⁸ TOSCANO ABOGADOS, “El testamento ológrafo. Requisitos para su validez. Forma.” Disponible en <https://toscanoabogados.wordpress.com/2015/12/18/el-testamento-olografo-requisitos-para-su-validez-forma/>

²⁹ Libro IV, art.421.19.1:

"Los testamentos ológrafos caducan si no se presentan para que sean averados en el plazo de cuatro años contados desde la muerte del testador y no se protocolizan en el plazo de seis meses contados desde la resolución del expediente".

³⁰“... 3. Cuando comparezca ante Notario quien tenga en su poder un testamento ológrafo en cumplimiento del deber establecido en el artículo 690 del Código Civil y manifestara no tener interés en

- Que no exista otro expediente o un proceso jurisdiccional con idéntico objeto.
- Instancia o requerimiento de parte, estando legitimado quien tenga en su poder el testamento, el albacea, heredero, legatario o cualquier otro interesado en la sucesión. Y, entre los interesados, debe incluirse a los acreedores por aplicación de los artículos 1001 y 1005 del Código Civil.³¹

El testamento revocado:

Si resultase que existe un testamento posterior con efectos revocatorios no se suspenderá el expediente (art.59.2.LN).

Concurriendo esta circunstancia, el Notario debe anunciar, en el acta de protocolización, que existe un testamento posterior, informando del contenido del art. 739 del Código Civil que se testimoniará.³²

La no presentación del testamento dentro de los cinco años desde el día del fallecimiento del testador, al ser obligatoria, supone una infracción de ley pero, no estamos ante un acto contrario a la ley por omisión, porque el acto contrario exige la voluntad de vulnerar la ley, por lo que si la no presentación es motivada por la

la adverbación y protocolización del testamento, el Notario procederá conforme a lo establecido en el apartado 3 del artículo 57.

4. No se admitirán las solicitudes que se presenten después de transcurridos cinco años desde el fallecimiento del testador.”

³¹ Artículo 1001 del Código Civil:

“Si el heredero repudia la herencia en perjuicio de sus propios acreedores, podrán éstos pedir al Juez que los autorice para aceptarla en nombre de aquél.

La aceptación sólo aprovechará a los acreedores en cuanto baste a cubrir el importe de sus créditos. El exceso, si lo hubiere, no pertenecerá en ningún caso al renunciante, sino que se adjudicará a las personas a quienes corresponda según las reglas establecidas en este Código.”

Artículo 1005 del Código Civil:

“Cualquier interesado que acredite su interés en que el heredero acepte o repudie la herencia podrá acudir al Notario para que éste comunique al llamado que tiene un plazo de treinta días naturales para aceptar pura o simplemente, o a beneficio de inventario, o repudiar la herencia. El Notario le indicará, además, que si no manifestare su voluntad en dicho plazo se entenderá aceptada la herencia pura y simplemente.”

³² Artículo 739 del Código Civil:

“El testamento anterior queda revocado de derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquél subsista en todo o en parte.

Sin embargo, el testamento anterior recobra su fuerza si el testador revoca después el posterior y declara expresamente ser su voluntad que valga el primero.”

ignorancia de un hecho o, cualquier motivo no doloso ,se produciría la caducidad de dicho testamento.³³

No se ignora la ley, se ignora el hecho.

Especial referencia al Art. 62.5 LN:

“(…)5. En el día señalado, el Notario abrirá el testamento ológrafo cuando esté en pliego cerrado, lo rubricará en todas sus hojas y serán examinados los testigos. Cuando al menos tres testigos, que conocieran la letra y firma del testador, declarasen que no abrigan duda racional de que fue manuscrito y firmado por él, podrá prescindirse de las declaraciones testificales que faltaren.”

La rehabilitación impropia de un testamento caducado es de exclusiva competencia judicial a instancia de parte.

Y ante un testamento caducado, cualquiera que sea la causa, el Notario no admitirá solicitud de apertura del expediente, su decisión será denegatoria excepto cuando judicialmente se ordene la apertura del expediente, entendiéndose que la averación, la declaración de notoriedad y protocolización es de exclusiva competencia notarial, salvo que lo impugnado por los interesados y sentenciado en el juicio no sea la inadmisión del expediente sino la no autorización de la protocolización.

3.3.PRUEBAS QUE SE PRACTICAN

3.3.1.TESTIGOS

La función de los testigos es reconocer la letra y firma del autor del testamento ológrafo, por lo que se exige que la escritura y la firma que estampe el testador sea la habitual, ya que, en otros supuestos en los que el testador no la haya usado, aunque no sea descartable, tiene una alta probabilidad de que los testigos no puedan asegurar que pertenece al testador.

Los testigos que participan en este expediente se podrían calificar como testigos de notoriedad, a los cuales no son de aplicación las causas de idoneidad de los testigos

³³ FERNÁNDEZ HIERRO, J. M., “Testamento ológrafo”. *Los testamentos*. Ed. Comares, Granada, 2005.

instrumentales y, ya que el Reglamento Notarial tampoco regula la idoneidad de los estos testigos, habría que acudir al artículo 56.2 de la Ley del Notariado, que hace referencia a los testigos en dicha acta:³⁴

*"testigos podrán ser, en su caso, parientes del fallecido, sea por consanguinidad o afinidad, cuando no tengan **interés directo** en la sucesión".*

La comparecencia se celebrará ante el Notario dentro de los 30 días hábiles siguientes a la admisión de la solicitud.

Se formulará las preguntas exigidas por el Art.367 LEC :

"1. El Notario preguntará inicialmente a cada testigo, en todo caso:

1.º Por su nombre, apellidos, edad, estado, profesión y domicilio.

2.º Si ha sido o es cónyuge, pariente por consanguinidad o afinidad, y en qué grado, de alguno de los litigantes, sus abogados o procuradores o se halla ligado a éstos por vínculos de adopción, tutela o análogos.

3.º Si es o ha sido dependiente o está o ha estado al servicio de la parte que lo haya propuesto o de su procurador o abogado o ha tenido o tiene con ellos alguna relación susceptible de provocar intereses comunes o contrapuestos.

4.º Si tiene interés directo o indirecto en el asunto o en otro semejante.

5.º Si es amigo íntimo o enemigo de alguno de los litigantes o de sus procuradores o abogados.

6.º Si ha sido condenado alguna vez por falso testimonio.

2. En vista de las respuestas del testigo a las preguntas del apartado anterior, las partes podrán manifestar al Notario la existencia de circunstancias relativas a su imparcialidad.

El Notario podrá interrogar al testigo sobre esas circunstancias y hará que preguntas y respuestas se consignen en acta para la debida valoración de las declaraciones al dictar sentencia."

La capacidad para testificar se calificará por el Notario conforme al artículo 361 de la LEC:

³⁴ FERNÁNDEZ HIERRO, J. M., "Testamento ológrafo". *Los testamentos*. Ed. Comares, Granada, 2005.

“Podrán ser testigos todas las personas, salvo las que se hallen permanentemente privadas de razón o del uso de sentidos respecto de hechos sobre los que únicamente quepa tener conocimiento por dichos sentidos.

Los menores de catorce años podrán declarar como testigos si, a juicio del Notario, poseen el discernimiento necesario para conocer y para declarar verazmente.”

Si los testigos citados, mínimo tres, fueran declarados idóneos y, además, reconocieran la letra y la firma del testador, se tendrá por concluida la prueba testifical. A toda esta afirmación se añade el Art.62.5.LN que dice lo siguiente:

“A falta de testigos idóneos o si dudan los examinados , el Notario podrá acordar , si lo estima conveniente , que se practique una prueba pericial caligráfica”

3.3.2.PERICIAL CALIGRÁFICA

Prueba a la que se refiere el art.62.5 de la LN :

“A falta de testigos idóneos o si dudan los examinados, el Notario podrá acordar, si lo estima conveniente, que se practique una prueba pericial caligráfica”.

Y, del que se deduce que, la prueba pericial caligráfica puede darse por 3 supuestos:

1. Cuando faltan testigos idóneos.
2. Cuando dudan dichos testigos.
3. Cuando el Notario lo estima oportuno.

Este cotejo debe hacerse comparando escritos y firmas del testador, en relación a la letra plasmada en el testamento ológrafo.

Se parte de que, el juzgador que se encarga de esta prueba no es experto pero, pese a ello, lo primero que hará será centrarse en las formas de las letras y después delegará en el perito, pero se preguntará si puede ser un calco o si es una imitación de la escritura de otra persona.

El perito deberá cotejar si los trazos de la escritura son uniformes en grosor o intensidad y si las letras o partes de la rúbrica no presentan uniformidad. Es decir, debe cuestionar si existen bastantes pruebas para atribuir la autoría a la persona autora de dicho testamento. El perito comprueba que existen puntos de semejanza, aprecia la individualidad en relación con todos los posibles escritores.

Toda diferencia o variación suscita duda, y debe ser explicada.³⁵

³⁶ “1. La parte que solicite el cotejo de letras designará el documento o documentos indubitados con que deba hacerse.

2. Se considerarán documentos indubitados a los efectos de cotejar las letras:

1.º Los documentos que reconozcan como tales todas las partes a las que pueda afectar esta prueba pericial.

2.º Las escrituras públicas y los que consten en los archivos públicos relativos al Documento Nacional de Identidad.

3.º Los documentos privados cuya letra o firma haya sido reconocida en juicio por aquel a quien se atribuya la dudosa.

4.º El escrito impugnado, en la parte en que reconozca la letra como suya aquel a quien perjudique.

3. A falta de los documentos enumerados en el apartado anterior, la parte a la que se atribuya el documento impugnado o la firma que lo autorice podrá ser requerida, a instancia de la contraria, para que forme un cuerpo de escritura que le dictará el tribunal o el Letrado de la Administración de Justicia.

Si el requerido se negase, el documento impugnado se considerará reconocido.

4. Si no hubiese documentos indubitados y fuese imposible el cotejo con un cuerpo de escritura por fallecimiento o ausencia de quien debiera formarlo, el tribunal apreciará el valor del documento impugnado conforme a las reglas de la sana crítica.”

El problema suele encontrarse en la obtención de muestras de escritura, las cuales se suele facilitar a través de cartas, postales, diarios, agendas o notas manuscritas que hayan podido conservar los familiares y, que son documentos considerados como no dudosos.

Y así lo demuestra esta sentencia, en la cual, se rechaza la adverbación del testamento, a pesar de haber sido practicada prueba caligráfica que justificaba la coincidencia de la letra con unos documentos aportados, afirmando el Tribunal :

"no hay garantía alguna de que los documentos utilizados para el cotejo y estudio, esto

³⁵ FERNÁNDEZ HIERRO, J. M., “Testamento ológrafo”. *Los testamentos*. Ed. Comares, Granada, 2005.

³⁶ Art.350 de la Ley de Enjuiciamiento Civil

es, los textos escritos en las cartillas bancarias, hayan sido escritos por don Luis Enrique. Los documentos pretendidamente indubitados han sido proporcionados por el propio demandante, sin que prueba alguna avale que lo allí escrito lo fuera por mano del testador".³⁷

Por la información expuesta, es más que razonable que, en principio, no puedan testar ológrafamente las personas que tengan incapacidad física o psíquica que les impida ver, o escribir, o entender lo escrito en su sano juicio. Por ello, queda desechada la escritura y lectura en Braille, ya que no pueden recogerse así, los rasgos propios de la escritura del testador, por lo que ni el Juez ni los peritos caligráficos ni los testigos, podrían reconocer el testamento como propio del testador.

En cualquier caso, para poder llevar a cabo esta prueba caligráfica, es necesario que cumpla unos requisitos añadidos:

1. Combinar escritura y firma.
2. Ubicarse en un periodo próximo a la fecha.
3. Deben ser reconocidas antes por las partes para que se les califique como válidas para la prueba.

El procedimiento de la prueba pericial puede darse en fase extrajudicial, ante el notario, como en la fase judicial, en los casos en los que la parte interesada no esté de acuerdo con la decisión notarial.

Una vez comprobados los requisitos necesarios, el perito elegido por el Tribunal, escribirá su dictamen, el cual llegará a dicho Tribunal electrónicamente, en el plazo que se le haya dictado.³⁸

3.4.ADVERACIÓN Y PROTOCOLIZACIÓN

Como bien señala RIPOLL JAÉN³⁹, es un procedimiento cuya finalidad es, acreditar la autenticidad y legitimidad del testamento, con el fin de que produzca efectos, una vez fallecido el testador.

Y así lo corrobora la sentencia de la Audiencia Provincial:

³⁷ SAP PO 578/2012, 09 de julio del 2012, Vigo.

³⁸ FERNÁNDEZ HIERRO, J. M., "Testamento ológrafo". *Los testamentos*. Ed. Comares, Granada, 2005.

³⁹ RIPOLL JAÉN, A., "Adveración de testamento ológrafo", en notariosyregistradores.com, 5 julio 2015.

"(...) si el Notario estima justificada la identidad del testamento, acordará que se protocolice. Esta última expresión tiene un carácter imperativo, en el sentido de que si el juez considera que el documento está todo él escrito y firmado por el testador (sin contemplar otros requisitos), debe acordar su protocolización. El fundamento de estos preceptos es limitar el ámbito de discusión a la autenticidad del documento y dejar todas las demás cuestiones que el testamento puede suscitar (y la propia autenticidad, pues no produce excepción de cosa juzgada) para el juicio declarativo que los interesados quieran promover. Esta es además la postura de la mayoría de las Audiencias Provinciales".⁴⁰

La competencia la tendrá el Notario, con residencia en el lugar en que hubiese tenido el causante su último domicilio en España y, a falta de este, donde estuvieren la mayor parte de sus bienes y, en su defecto, el lugar del domicilio del solicitante.⁴¹

El Art.61.1.LN, donde se determina la competencia, señala que el instante podrá elegir Notario, teniendo carácter residual y subordinado.

Si hubiere varios Notarios competentes, por su residencia, será el instante y, en su defecto, los interesados en la sucesión, quienes tendrán la facultad de elegir:

"1. La presentación, adveración, apertura y protocolización de los testamentos ológrafos se efectuará ante Notario competente para actuar en el lugar en que hubiera tenido el causante su último domicilio o residencia habitual, o donde estuviere la mayor parte de su patrimonio, con independencia de su naturaleza de conformidad con la ley aplicable, o en el lugar en que hubiera fallecido, siempre que estuvieran en España, a elección del solicitante. También podrá elegir a un Notario de un distrito colindante a los anteriores. En defecto de todos ellos, será competente el Notario del lugar del domicilio del requirente.(...)"

La función notarial de adveración no es otra que comprobar y declarar posteriormente que, la firma y la letra dispuesta en el testamento, pertenecen a su autor.

El Procedimiento necesita un soporte documental, exigencia reconocida en el Art.49.LN:

⁴⁰ AAP C 635/2010, 08 de octubre de 2010, A Coruña

⁴¹MARIÑO PARDO, F., "La presentación, adveración y protocolización del testamento ológrafo ante notario." Disponible en <http://www.iurisprudente.com/2016/06/la-presentacion-adveracion-y.html>

“Los Notarios intervendrán en los expedientes especiales autorizando actas o escrituras públicas:

1.º Cuando el expediente tenga por objeto la declaración de voluntad de quien lo inste o la realización de un acto jurídico que implique prestación de consentimiento, el Notario autorizará una escritura pública.

2.º Cuando el expediente tenga por objeto la constatación o verificación de un hecho, la percepción del mismo, así como sus juicios o calificaciones, el Notario procederá a extender y autorizar un acta.”

La comprobación de la autenticidad del testamento y su autoría, impulsa la declaración notarial correspondiente y la protocolización del testamento adverado, como indica el art.692.CC.

Aun siendo privado e incluso secreto el contenido del testamento, hace falta emplear medios especiales de adveración y, hecho esto, debe protocolizarse en el Registro Público para que adquiera los caracteres necesarios ya nombrados (autenticidad y publicidad).

El expediente se instrumentará en el acta de notoriedad, porque la adveración del testamento ológrafo tiene por objeto la constatación o verificación de un hecho, así como sus juicios o calificaciones (declaración notarial de haberse acreditado suficientemente la autoría del testamento, declaración de notoriedad y protocolización).

Es decir, en cuanto el Notario recibe el testamento, procede a extender el Acta de protocolización para que, de esta forma, tenga acceso al registro del mismo.

El acta de notoriedad se duplicará constando en el primero la solicitud o requerimiento, con las pruebas diligenciadas que se practiquen y, en el segundo, la declaración de notoriedad ,si procediere y, protocolización.(Art 209 RN)

La declaración de notoriedad y práctica de protocolización deberá formularse en el término de cinco días hábiles computados desde la práctica de la última diligencia y cualquiera que sea el juicio notarial, queda abierta a los interesados la vía judicial para posibles impugnaciones. Además, este testamento deberá presentarse en los cinco años

siguientes al fallecimiento del testador como bien indica el art.689 del Código Civil.⁴² La protocolización del testamento ológrafo viene determinada por este mismo artículo:

“El testamento ológrafo deberá protocolizarse, presentándolo, en los cinco años siguientes al fallecimiento del testador, ante Notario. Este extenderá el acta de protocolización de conformidad con la legislación notarial.”

El testamento ológrafo que no sea protocolizado, no tiene más virtud jurídica que la del documento privado. Además, la protocolización es un requisito imprescindible para poder luego reclamar unos derechos en base a este tipo de testamento.

Se concluye así que, la finalidad de la protocolización tiene una **doble vertiente**:

1. Función de conservación: Una vez que el testamento ológrafo es comprobado y se declara como auténtico, se procede a su protocolo notarial y, a extender el acta.
2. Función de publicación: Publicación de su contenido y de su existencia para todas las personas que en él están designadas que, por naturaleza de esta forma testamentaria, hasta ese momento, no tenían conocimiento del testamento, dotándose a dicho escrito con eficacia de documento público.⁴³

4.TESTAMENTO OLÓGRAFO Y COVID-19:

4.1.SITUACIÓN DE PANDEMIA ACTUAL

El coronavirus ha provocado una crisis sanitaria a nivel mundial y ha sido catalogado como pandemia por la Organización Mundial de la Salud, por lo que se han tomado medidas para intentar prevenir su propagación. Como todos sabemos, esta epidemia se ha cobrado miles de vidas en España, ante esta preocupación el problema es evidente:

Si tiene miedo y quiere testar, ¿qué puede hacer?

El 14 de marzo, el RD 463/2020 anunció que la gestión de la crisis sanitaria resultante estaba en alerta, y salvo excepciones, estaba prohibido salir a la calle. No pueden acudir a la notaría ni a la oficina de registro, excepto en caso de fuerza mayor o necesidad,

⁴² MARIÑO PARDO, F., “La presentación, adveración y protocolización del testamento ológrafo ante notario.” Disponible en <http://www.iurisprudente.com/2016/06/la-presentacion-adveracion-y.html>

⁴³ FERNÁNDEZ HIERRO, J. M., “Testamento ológrafo”. *Los testamentos*. Ed. Comares, Granada, 2005.

como en el caso de un testamento con amenaza de muerte. Por tanto, se ha hecho evidente la necesidad de ejecutar un testamento holográfico sin intervención notarial.

Por lo tanto, se ha hecho evidente la necesidad de otorgar el testamento ológrafo sin intervención notarial. En el testamento, en caso de epidemia, al igual que en peligro de muerte, es necesario la búsqueda de testigos, siendo preciso una situación excepcional que, autoriza a testar ante testigos idóneos, pero que puede quedar ineficaz por el transcurso de un plazo de 2 a 3 meses, en función de si ha cesado el estado de alarma y no ha fallecido o, se concede un plazo de tres meses desde el fallecimiento para acudir al notario para que lo eleve a escritura pública. Si los testigos no cumplen este trámite, es como equipararlo a la ocultación del testamento ológrafo, por lo tanto, sale a relucir la conveniencia de testar a través de medios digitales.⁴⁴

En caso de epidemia, nos centramos en el artículo 700 del Código Civil, con los preceptos 701 a 703 del mismo Código:

“Si el testador se hallare en peligro inminente de muerte, puede otorgarse el testamento ante cinco testigos idóneos, sin necesidad de Notario.”⁴⁵

Pero, si ya es difícil encontrar tres testigos por las medidas de seguridad, mayor será la dificultad para la presencia de cinco, por lo que se limita la opción testamentaria al testamento en caso de epidemia o al testamento sin testigos, escrito por el testador.

“En caso de epidemia puede igualmente otorgarse el testamento sin intervención de Notario antes tres testigos mayores de dieciséis años.”⁴⁶

El testamento ológrafo es la opción más sencilla para estas situaciones, ya que debe ser escrito de su puño y letra, con unas exigencias legales. Sin embargo, existe la posibilidad de que estos testamentos no alcancen su cometido principal, cumplir con la última voluntad del testador, ya sea porque las partes que han intervenido no son idóneas o por hechos de ocultación.

“El testamento otorgado, (...) quedará ineficaz si pasaren dos meses desde que el testador haya salido del peligro de muerte, o cesado la epidemia.”

⁴⁴ CHAMORRO SERRANO, M.E., Covid-19. Testamento ológrafo. Testamento ante testigos. Revista de Derecho Civil <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC> ISSN 2341-2216 vol. VII, núm.4, julio-septiembre, 2020.

⁴⁵ Art. 700 del Código Civil

⁴⁶ Art. 701 del Código Civil

Cuando el testador falleciere en dicho plazo, también quedará ineficaz el testamento si dentro de los tres meses siguientes al fallecimiento no se acude al Notario competente para que lo eleve a escritura pública, ya se haya otorgado por escrito o verbalmente.”⁴⁷

Debe haber unidad de acto desde la manifestación de la voluntad del testador, en presencia de todos los testigos, hasta la comprobación del propósito deliberado de testar, y la escritura y la firma del documento. Estando en casa, es fácil tener papel y bolígrafo pero, encontrándose fuera del hogar y en situación de caos, tal vez sea más difícil su redacción.

Se concluye que, el testamento ológrafo, ofrece dos ventajas sobre las demás formas de testar: El secreto y la sencillez ya que, se puede afirmar, que es la forma útil para los enfermos y las personas indecisas.

4.2.TESTAMENTO OLÓGRAFO ELECTRÓNICO

Un testamento electrónico es un acto de última voluntad, como cualquier testamento, expresada en un dispositivo electrónico como, por ejemplo, una Tablet, un ordenador o un Smartphone.

En España, aún no es posible realizarlo de esta forma, pero Australia tuvo un caso concreto en el que se da un testamento, dejado en un archivo de Smartphone al que un juzgado dio plena validez.

Aquí, deberíamos hacernos la siguiente pregunta:

¿Es plausible el testamento ológrafo electrónico?

Aunque, el Código Civil especifica que debe hacerse por escrito, y se dude de si dice expresamente que deba ser manuscrito, el artículo 62.5 LN sostiene que así debe ser:

“5. En el día señalado, el Notario abrirá el testamento ológrafo cuando esté en pliego cerrado, lo rubricará en todas sus hojas y serán examinados los testigos. Cuando al menos tres testigos, que conocieran la letra y firma del testador, declarasen que no abrigan duda racional de que fue manuscrito y firmado por él, podrá prescindirse de las declaraciones testificales que faltaren.(...)”

Se reducen las causas de ineficacia a 3: Nulidad, caducidad y revocación

⁴⁷ Art.703 del Código Civil

(artículos 737-743 CC)

La nulidad de este tipo de testamento en soporte digital necesita cumplir unos requisitos legislativos.

Aspectos/causas importantes.

- Los requisitos subjetivos :Hacen referencia al artículo 663 CC
- Falta de capacidad del otorgante.
- Falta en la declaración de voluntad: Se refiere a que es nulo el testamento otorgado con violencia , dolo o fraude, haciendo especial distinción entre la violencia material y la moral. Aunque, en el caso del soporte electrónico , la creación de una aplicación específica que pueda mantener encendidos los micros, cámaras y demás complementos para este otorgamiento, permitiría probar en juicio, que no ha existido ninguno tipo de violencia o intimidación sobre el testador.
- Cumplir las formalidades legales: Aquel testamento que se otorgue en contra de una prohibición legal, será nulo, salvo que se establezca un efecto distinto para contravención, tal y como lo indica el artículo 6 del Código Civil.

Como cualquier documento digital, se puede grabar en soportes externos, subirlo a la nube de información y enviar por correo a las personas que sea necesario y en todos estos casos, su validez no se vería modificada y podría seguirse el mismo procedimiento de averación y protocolización.

Incluso se podría afirmar que tiene mayor resistencia, puesto que las copias que se hacen son exactas al original. Sólo en caso de que se observe una contradicción, entre la fecha de la firma del documento y los de la fecha de creación del documento digital, se podría sostener un supuesto de anulabilidad, que tendría que ser definido por la jurisprudencia.

En cuanto a la revocación, quiere decir que pierde eficacia como consecuencia de la voluntad del testador y, en el testamento ológrafo, supondría la escritura de un testamento nuevo, con fecha posterior y nuevas disposiciones testamentarias con carácter tácito cuando el testamento anterior se destruya por propia voluntad del testador o cuando este indica en el nuevo testamento de que no tenga eficacia la disposición testamentaria anterior.

En soporte digital, a la hora de recuperar archivos destruidos o borrados, otorga al testador la posibilidad de que el testamento vuelva a tener la misma fuerza siempre que lo recupere o restituya.⁴⁸

5.CONCLUSIONES:

PRIMERA:

El testamento ológrafo es un acto por el cual una persona redacta sus últimas voluntades, firmando el documento y acompañado de la fecha.

Conforme el Código Civil, este testamento debe cumplir una serie de requisitos para que sea efectivo:

Debe estar redactado por una persona mayor de edad, escrito y firmado por esta, expresando año, mes y día en que se otorgue. Además, deberá ser protocolizado en los 5 años siguientes al fallecimiento, ante Notario y éste extenderá el acta de conformidad que da por acreditada la identidad de su autor y la adveración del testamento ológrafo.

La persona que lo tenga en su poder deberá presentarlo ante dicho Notario en los 10 días siguientes de su conocimiento sobre el fallecimiento y, si no lo hace, será responsable de daños y perjuicios.

Sin excepción, los extranjeros podrán hacerlo en su idioma.

SEGUNDA:

El testamento ológrafo tiene la ventaja de ser secreto, económico, sencillo y, una buena solución para las personas que no pueden desplazarse.

Así como también, tiene unos inconvenientes que pueden hacerlo menos aconsejable:

La falta de conocimientos sobre las normas legales, las cuales pueden llevar a errores, no hay seguridad de que sea conocido y respetado por todos los herederos, problemas para validarlos y la facilidad para suplantarse la letra o perderse y/o destruirse.

TERCERA:

⁴⁸ ALMAGRO NOSETE, J., "La firma del testamento ológrafo", Diario La Ley, n° 7676, Sección Columna, 19 de Julio de 2011, Año XXXII, Ref. D-307, La Ley 13225/2011, la ley digital.

Entre otros requisitos importantes, la edad para otorgar el testamento ológrafo muestra una incapacidad respecto a los menores de edad pero, se hace para garantizar la pureza de la declaración de voluntad.

Conforme a nuestro Código Civil, este tipo de testamento tiene el problema de identificabilidad de la escritura, ya que la autografía debe ser total, rechazando por completo el testamento escrito parcialmente por el testador; y manuscrito, de puño y letra, y ésta debe ser la habitual del testador.

Por lo tanto, tampoco podría otorgar el testamento ológrafo ni los ciegos porque el método braille no contiene rasgos propios de una escritura normal y los testigos no pueden reconocer si lo que ha escrito, ha sido hecho por el testador; ni los sordomudos si no saben leer y/o escribir. Así como tampoco podrían las personas que les faltan las dos manos salvo que puedan hacerlo con otras extremidades.

La voluntad efectiva de testar es necesaria para calificar el testamento como documento, escrito con la intención o deseo de que sea la expresión última del testador. Es un presupuesto de validez de la declaración testamentaria y deben constar de manera clara las disposiciones mortis causa.

Además de los requisitos ya comentados, la fecha no tiene lugar explícito donde deba figurar, y es válida la fecha por equivalentes, esto es, la designación de unas circunstancias concretas para datar el testamento.

Finalizando los requisitos imprescindibles, la firma cumple la función de prueba de autoría; debe constar al final del escrito, rubricando el testador su *animus testandi*. La falta de firma supondría la nulidad del testamento como sanción del artículo 687 del Código Civil.

CUARTA:

En cuanto a la presentación y el plazo de caducidad para iniciar el expediente de jurisdicción voluntaria, el Notario requerirá a las personas citadas para que comparezcan ante él, el día y la hora que se señale. Además, las notificaciones deberán hacerse 15 días antes a la celebración de la comparecencia.

El testamento no debe estar caducado, y no se admitirán las solicitudes que se presenten después de pasados 5 años desde el fallecimiento del testador.

Si existiera un testamento posterior con efectos revocatorios no se suspenderá el expediente, y el Notario deberá anunciarlo en el acta de protocolización.

QUINTA:

Entre las pruebas que se practican, si los testigos citados, mínimo tres, fueran declarados idóneos y, además, reconocieran la letra y la firma del testador, se tendrá por concluida la prueba testifical.

Pasando a la prueba caligráfica, esta se hace por 3 razones: Cuando faltan testigos, cuando se duda de ellos y cuando el Notario lo estima oportuno.

Este cotejo debe hacerse comparando escritos y firmas del testador, en relación a la letra plasmada en el testamento ológrafo y, una vez comprobado que cumplen los requisitos necesarios, el perito designado por el Notario emitirá su dictamen en el plazo dictado.

SEXTA:

Tras cumplir los requisitos exigidos, se procederá a la adveración y protocolización del testamento para acreditar su autenticidad y legitimidad.

La función notarial de adveración no es otra que comprobar y declarar posteriormente que, la firma y la letra dispuesta en el testamento, pertenecen a su autor y, tras esto, se procederá a la protocolización en el archivo notarial.

La declaración de notoriedad y práctica de protocolización deberá formularse en el término de cinco días hábiles computados desde la práctica de la última diligencia, y cualquiera que sea el juicio notarial, queda abierta a los interesados la vía judicial para posibles impugnaciones.

SÉPTIMA:

A raíz de la actual crisis sanitaria del COVID-19, se podría concluir que, como se dio la situación del confinamiento y era muy difícil acudir al Notario para redactar últimas voluntades, el testamento ológrafo fue la opción y mejor salida de los ciudadanos para poder disponer de su patrimonio. De ahí, la importancia que ha recibido durante este trabajo.

6.BIBLIOGRAFÍA:

DOCTRINA:

- ABOGADOS Y HERENCIAS, “Tipos de testamentos:¿qué formas de hacer un testamento existen en España?”. Disponible en <https://www.abogadosyherencias.com/tipos-testamentos/>
- ALMAGRO NOSETE, J., ”La firma del testamento ológrafo”, Diario La Ley, nº 7676, Sección Columna, 19 de Julio de 2011, Año XXXII, Ref. D-307, La Ley 13225/2011, la ley digital.
- ARCAS SARIOT, M. J., “Ventajas e inconvenientes del Testamento Ológrafo”. Disponible en <https://www.mundojuridico.info/ventajas-e-inconvenientes-del-testamento-olografo/>
- CANDELA CERDÁN, J., “El testamento, características del testamento. Tipos de testamentos. Testamento especiales. Los testigos en los testamentos. Causas de nulidad del testamento. Testamento vital. El codicilo.” Disponible en <https://vlex.es/vid/tema-15-testamento-caracteristicas-554715198>
- CAPOTE PÉREZ, L.J., “El testamento ológrafo”.
- CARNELUTTI, F., *Estudios de Derecho procesal. Doctrinas generales. Estudios sobre la firma*. Trad. de SANTIS MELENDO, S., Ejea, Buenos Aires, 1952.
- CHAMORRO SERRANO,M.E.,Covid-19.Testamento ológrafo. Testamento ante testigos. Revista de Derecho Civil <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC> ISSN 2341-2216 vol. VII, núm.4 ,julio-septiembre, 2020,.
- CONWAY, J., *Evidencias documentales*. Trad. de DE LA PEÑA, J., La Rocca, Buenos Aires, 2002.
- ESPINO BERMELL, C., “Testamento ológrafo. La importancia de la escritura y la firma del testador. El cotejo pericial de letras”, Córdoba, 23 de agosto de 2016.
- FELIPE CONDÉS, J. R., “¿Qué es el testamento abierto?”. Disponible en <https://www.diariojuridico.com/que-es-el-testamento-abierto/>
- FERNÁNDEZ HIERRO, J. M., “Testamento ológrafo ”. *Los testamentos*. Ed. Comares, Granada, 2005.
- MARÍÑO PARDO, F., “La presentación, adveración y protocolización del

testamento ológrafo ante notario.” Disponible en

<http://www.iurisprudente.com/2016/06/la-presentacion-adveracion-y.html>

- RIPOLL JAÉN, A., “Adveración de testamento ológrafo”, en *notariosyregistradores.com*, 5 julio 2015.
- ROMERO COLOMA, A. M., “El testamento ológrafo: Ventajas e inconvenientes”. *Actualidad jurídica Aranzadi*, nº907, 2015, p.1.
- SILVERIO SANDOVAL, J., “El testamento ológrafo en soporte digital y la firma biométrica”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, nº 2222, 2019, pp. 1 ss.
- TORRES GARCÍA, T. F., *El testamento ológrafo*, Montecorvo, Madrid, 1977. “Del testamento ológrafo” en “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales”, dirigidos por M. ALBALADEJO, t. IX, vol. 1º-A, Revista de Derecho Privado, EDESA, Madrid, 1990.
- TOSCANO ABOGADOS, “El testamento ológrafo. Requisitos para su validez. Forma.” Disponible en <https://toscanoabogados.wordpress.com/2015/12/18/el-testamento-olografo-requisitos-para-su-validez-forma/>

LEGISLACIÓN:

- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- Decreto de 2 de junio de 1944 por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.
- Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

JURISPRUDENCIA:

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 5 de diciembre de 1927.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 24 de noviembre de 1958, Ar.3800

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 24 de febrero de 1961.
- Auto de la Audiencia Provincial (Sección 5ª), de 08 de octubre de 2010(recurso 36/2010).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 6ª), de 9 de julio de 2012 (recurso 240/2012).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 21 de junio de 2018 (recurso 3377/2015).